

REQUISAS Y EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS

(un aliciente para que la Corte Suprema
argentina escape al “preferiría no hacerlo”)*

Mariano Gabriel Juárez**

Resumen: Durante la década de 1990, la Suprema Corte argentina elaboró un estándar en materia de requisas sin orden judicial (registro personal) que ampliaba considerablemente las facultades policiales. Para ello se nutrió de la jurisprudencia de la Corte estadounidense en la materia (*Terry vs. Ohio*). Sin perjuicio de que en su nueva integración la Corte argentina ha adoptado una pos-

* La última frase del título escogido hace referencia al cuento “Bartleby, el escribiente” de HERMAN MELVILLE. Esa frase, además, sirve de título al volumen que compila los comentarios de varios autores a dicho relato, entre ellos, GILLES DELEUZE y GIORGIO AGAMBEN (*Preferiría no hacerlo*, Valencia, Pre-Textos, 2005). La referencia literaria no pretende desacreditar a ninguno de los miembros de la Corte Suprema ni, ciertamente, establecer analogía alguna entre el argumento de la obra en cuestión y la tarea que, con su actual integración, ha realizado la Corte en procura de respetar y garantizar los derechos individuales de aquellos que litigan ante el Alto Tribunal.

** Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), República Argentina. Auxiliar docente en el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA. Actualmente cursa la especialización en Derecho Penal en la UBA. Contacto: marianojuarez@hotmail.com Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2011. Fecha de modificación: 3 de mayo de 2012. Fecha de aceptación: 29 de junio de 2012.

tura más progresista en materia de derechos humanos, el estándar (restrictivo) fijado en su anterior integración no se ha modificado. Dos fallos recientes de la Suprema Corte de Estados Unidos sobre registros policiales en automóviles y excepción a la *exclusionary rule* debieran incentivar un cambio jurisprudencial acorde con los principios constitucionales vigentes.

Palabras clave: requisita, sospecha, urgencia, circunstancias previas o concomitantes, exclusión de la prueba, buena fe, principio de legalidad, Corte Suprema de Justicia argentina, Suprema Corte de Estados Unidos.

SEARCHES AND EXCLUSIONARY RULE IN THE RECENT DECISIONS OF THE UNITED STATES SUPREME COURT (AN ENCOURAGEMENT FOR THE CORTE SUPREMA OF ARGENTINA TO AVOID THE: “I WOULD PREFER NOT TO”)

Abstract: In its former composition, the argentinean Supreme Court developed a standard for searches without judicial order that considerably increased police attributions to stop, search and seize. The opinions during this period were inspired in the decision taken in “*Terry v. Ohio*”. Recently, even though the new justices have rule progressively in many subjects, this standard has not changed. The latest opinions by the US Supreme Court on automobile searches and good faith exception may encourage a reassessment of the matter.

Keywords: searches, reasonable suspicion, probable cause, exclusionary rule, good faith exception, “Stop and frisk”, Rule of Law (in the continental system), opinions of the United States Supreme Court, opinions of the argentinean Supreme Court of Justice.

I. INTRODUCCIÓN

a) Dos fallos recientes de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica –en adelante, SC– han venido a ampliar la ya extensa jurisprudencia norteamericana sobre cuestiones de evidente interés para nuestra materia: requisas sin orden judicial y exclusión de la prueba.

Ya que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante, CS– remiten frecuentemente a los estándares y razonamientos elaborados por aquel tribunal, como ha ocurrido, en particular, en el caso “Fernández Prieto”¹, resulta de justificado interés dar somera cuenta de su contenido y proyectar sus efectos en nuestro medio. Dicho estudio permitirá analizar la historia de la reticencia de la actual integración de la CS a rever lo resuelto desde “Fernández Prieto”, circunstancia que, en definitiva,

1 Fallos 321: 2947.

determina el alcance con que puede llevarse a cabo una requisita sin orden judicial y, por ende, del contenido del derecho a la intimidad y las garantías contra su violación en nuestro ámbito.

b) Al decidir el caso “Fernández Prieto”, la CS se vio obligada a dar los motivos para apartarse de lo resuelto algunos años antes en el caso “Daray”². La razón esgrimida fue, a la luz de lo que se verá más adelante, razonable: en “Fernández Prieto” se trataba de analizar si resultaba válida la interceptación de un automóvil y su posterior requisita, situación distinta de la de “Daray”, en la que se discutía la validez de una detención policial.

En efecto, en el caso “Fernández Prieto”, una comisión policial que recorría la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, detuvo la marcha de un vehículo que ocupaban tres personas, a quienes los agentes del orden hicieron descender del vehículo que posteriormente registraron y en el que encontraron material estupefaciente y armas. Luego de trasladarse a la sede de la dependencia policial y secuestrar los elementos hallados, se procedió a detener a los involucrados.

Ya que, como hemos anticipado, el recurrente había fundado su recurso en lo resuelto en “Daray”, la CS debió justificar por qué no podía aplicarse ese precedente al caso de “Fernández Prieto” (considerando 6° del voto mayoritario).

Para construir un tal argumento, la SC estableció una analogía con los precedentes de la SC de Estados Unidos que, a efectos de determinar el estándar de sospecha exigido en aquel país para detener y registrar a un individuo, habían distinguido entre “causa probable” y “sospecha razonable”, exigiendo la última un menor nivel de confiabilidad en cuanto a su verosimilitud.

Fue este estándar, de menor nivel de exigencia, el que, para los miembros de la mayoría de la SC, avaló el proceder de los agentes policiales quienes, para justificar la interceptación del automóvil en cuestión, esgrimieron que los ocupantes de aquel exhibieron una “actitud sospechosa”.

Yendo más allá de lo que, en apariencia, fue explicitado por los miembros de la comisión policial, la SC indicó, recurriendo nuevamente a la experiencia y casuística de la SC de Estados Unidos, que la circunstancia de que el objeto de la medida fuera un automóvil permitiría tener por configurada una excepción a la regla que exige orden judicial para toda requisita, habida cuenta de la fugaz oportunidad que se presenta a los agentes para inspeccionar el vehículo, en función de su movilidad, ampliando así la esfera de acción de las fuerzas de seguridad (considerandos 12° y 13°).

2 Fallos 317: 1985.

Es de destacar que, como se desprende del razonamiento de la mayoría de la SC, esta “excepción de los automotores” no excluía la necesidad de la causa probable que impone la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, si bien interpretada con los matices recogidos por la SC y sustentados en el precedente “Terry vs. Ohio” de la SC, al que dedicaremos luego mayor atención.

Tanto los votos disidentes, a cargo de los jueces FAYT, PETRACCHI y BOSSERT, como amplios sectores de la doctrina nacional fueron especialmente críticos de esta nueva postura adoptada por la SC, que abandonaba –a primera vista– sus decisiones anteriores³. A pesar de estas críticas, y sin perjuicio de haberse modificado desde esa fecha hasta el presente –más de diez años después– la integración del Alto Tribunal, la doctrina sentada en “Fernández Prieto” resistió el paso del tiempo y, más aún, fue respaldada por el Congreso Nacional, al modificar el CPPN de modo de concordarlo con esta opinión de la SC, lo que ocurrió, un tiempo después, con el dictado de la Ley 25.434, a la que también más adelante dedicaremos mayor atención.

En los casos subsiguientes, la opinión mayoritariamente sustentada en “Fernández Prieto” mantuvo indemne su idea matriz. Solo la llegada de nuevos casos obligó a las distintas composiciones de la SC a considerar el alcance de su fallo, tarea que ha dejado –en el plazo transcurrido desde esa época hasta la actual– cierta incertidumbre: una ampliación de la doctrina restrictiva de los derechos, en los casos “Tumbeiro”⁴, “Monzón”⁵ y “Szmilowsky”⁶; y unos intentos por limitar esa misma doctrina, en “Waltta”⁷, “Peralta Cano”⁸ y “Ciraolo”⁹.

Al analizar este último fallo, la doctrina ha demostrado una justificada desazón ante la evidencia de que la SC no parece dispuesta a deshacerse de la doctrina sostenida desde “Fernández Prieto”, y ello ante un caso relativo a una medida de intrusión que debía ser analizada, ahora sí indudablemente, a la luz de los estándares de “DARAY”¹⁰.

3 Al respecto, ver ALEJANDRO D. CARRÍO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ª ed., 2ª reimpr., Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 220-226.

4 Fallos 325: 2485.

5 Fallos 325: 3322.

6 Fallos 326: 41.

7 Fallos 327: 3829.

8 P.1666.XLI, del 3 de mayo de 2007.

9 Fallos 332: 2397.

10 Un análisis encomiable, donde el autor recoge trabajos anteriores y se analiza el decurso de la doctrina de la CS sobre el tema, en MARIANO BERTELOTTI, “‘Ciraolo’: un fallo de la Corte con sabor agridulce”, en *El Dial*, 30 de junio de 2010, año XIII, n.º 3055. Ahora bien, en orden a si el caso involucraba uno de detención seguido de requisita o, viceversa, de requisita, en función de cuyos resultados se procedía a detener, parecería ser de la opinión contraria otro autor, que finca su postura en la circunstancia de que “lo primero que hicieron los funcionarios policiales fue solicitar al mencionado [Ciraolo] que les exhibiera sus efectos personales” (LEONARDO G. PITLEVNIK, “La detención de personas sin orden judicial a

Sin embargo, la minoría de la SC, que sí avaló la procedencia del recurso y que integraron los jueces ZAFFARONI, LORENZETTI y MAQUEDA, atacó la validez de la detención de Ciraolo, argumentando en contra de la doctrina sostenida en “Fernández Prieto”, por haberse basado en una errónea interpretación de los argumentos de la SC en “Terry vs. Ohio”, y, en lo fundamental, por apartarse de la doctrina originalmente sostenida en “Daray”¹¹, basada en la primacía del principio de legalidad en materia de restricción de derechos fundamentales, recogido por la Corte IDH en el caso “Bulacio vs. Argentina”¹².

II. EL CASO “ARIZONA VS. GANT”

La SC de Estados Unidos ha elaborado, a la par de la formulación de la hoy universalizada doctrina de la “*exclusionary rule*”, una serie de excepciones a su aplicación. Además de la ya referida “excepción de los automotores” que, en materia de requisas sin orden amplía las facultades del personal policial cuando se trata de interceptar vehículos –recogida por la SC en “Fernández Prieto”–, el repertorio norteamericano registra también la siguiente: no resulta necesario recurrir a una autorización judicial (“*warrant*”) cuando la requisita es precedida por una detención o arresto válidamente motivados (“*the search-incident-to-arrest exception*”).

Esta requisita encontraría su justificación principal en la necesidad de proteger al agente que efectúa el arresto, así como para preservar la evidencia obtenida¹³.

Esa jurisprudencia de la SC, que no había sido sostenida claramente al principio, recibió un fuerte espaldarazo en el caso “Chimel vs. California”¹⁴, donde la SC pretendió establecer una regla general (*bright line rule*) tendiente a regir, de allí en adelante, los

la luz del fallo ‘Ciraolo’ y sus antecedentes”, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 9, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 84).

- 11 En el considerando 6° de su voto en disidencia, dijeron los miembros de la minoría que “esta Corte en el precedente ‘Daray’ (Fallos 317:1985) señaló que ‘la <competencia> para efectuar arrestos a que se refiere la norma constitucional sólo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe, además, ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal’. Tal requisito surge claramente del principio constitucional de legalidad, respecto del cual el Tribunal ha dicho: ‘Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca’”.
- 12 Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C, n.º 100, cit. en el considerando 17° del voto de la minoría.
- 13 Para una recopilación de los precedentes de la SC que precedieron al caso “Gant”, y que seguimos en los párrafos siguientes, ver DEVON M. STILES. “Faded lines: another attempt to delineate reasonableness in automobile searches incident to arrest; Arizona v. Gant, 129S.Ct. 1710 (2009)”, en *Wyoming Law Review*, Vol. 10, n.º 1, pp. 319-338, disponible en: http://www.uwyo.edu/law/_files/docs/WY%20Law%20Review/Archive/Law_Review_v10_n1.pdf
- 14 395 U.S., 768 (1969).

casos similares. Esa regla se extendió luego a las requisas (incidentales a un arresto) no ya sobre la persona sino también sobre un automóvil, como en el caso “New York vs. Belton”¹⁵.

En “Belton” un agente policial detuvo la marcha de un automóvil cuyo conductor había cometido una infracción de tránsito, pero, al acercarse al auto el agente, olió dentro del interior del vehículo y sospechó que allí podría existir sustancia estupefaciente, la que se secuestró de uno de los bolsillos de la campera de Belton, ubicada dentro del coche. A diferencia de lo resuelto en el caso “Chimel” o, si se quiere, ampliándolo, la SC extendió la justificación de la requisa no solo al área dentro del auto a la que pudiera tener acceso la persona arrestada sino también al resto del habitáculo del auto ocupado por ella.

Ya que la SC, en “Belton”, pretendía dotar de razonabilidad a los procedimientos policiales futuros, se estableció en la resolución del caso que la decisión obedecía a la necesidad de asegurar al agente en su integridad física y las pruebas a usar como evidencia. Por ello, la diferencia entre los momentos en que se hiciera el arresto –al detener la marcha del auto, dentro o fuera de él, etc.– revestía importancia.

Sin perjuicio de ello, en el caso “Thornton vs. United States”¹⁶, la SC convalidó, de modo general, la requisa del vehículo, cualesquiera fueran las condiciones de la detención de sus ocupantes.

Ahora bien, más cerca en el tiempo, el 21 de abril de 2009, la SC resolvió el caso “Arizona vs. Gant”¹⁷, ocasión en la que por una ajustada mayoría consideró necesario revisar sus anteriores pronunciamientos sobre el tema.

En este fallo, restringió el estándar en cuanto a la requisa incidental a una diligencia de arresto para aquellos casos: a) en que fuera razonable esperar que al momento de decidir el registro la persona arrestada pudiera tener acceso al interior del auto, o b) cuando el interior del vehículo pudiera contener evidencia vinculada con las razones que motivaron el arresto.

Esta interpretación pretende excluir la prueba obtenida cuando la persona arrestada es trasladada al interior de un patrullero o permanece esposada lejos del vehículo y, a pesar de ello, el auto es registrado, ya que no tiene posibilidad alguna de arriesgar la vida de quien lo detuvo –extrayendo un arma, por caso–.

En orden al segundo motivo –identificado con la letra b)–, tomando la disidencia del juez SCALIA en “Thornton”, la mayoría de la SC, por intermedio del juez STEVENS, indicó:

15 453 U.S., 460 (1981).

16 541 U.S., 615 (2004).

17 129 S. Ct. 1710 (2009) o 556 U.S. (2009).

... también concluimos que las circunstancias únicas atinentes a la situación especial de los vehículos justifican una requisita incidental a un arresto legítimo sólo cuando “es razonable creer que puede encontrarse, dentro del vehículo, evidencia relevante al delito por el cual se produjo el arresto” [cita omitida]. En muchos casos, como cuando un ocupante es arrestado por una violación de tráfico, no habrá una base razonable para creer que el vehículo contiene evidencia relevante.

A diferencia de los casos anteriores, la SC advirtió que en “Gant” eran cinco los agentes de policía que procedieron a arrestar a tres personas, que fueron esposadas y alojadas en patrulleros separados, todo ello previo a que se requisara el auto de Gant. Además, mientras que en “Belton” y “Thornton” los implicados fueron arrestados en orden a delitos vinculados con tenencia de estupefacientes, Gant fue arrestado por manejar con una licencia suspendida, un hecho (“*offense*”, en la terminología anglosajona) respecto del cual la policía no podía esperar encontrar evidencia alguna dentro del auto.

La doctrina norteamericana ha identificado, con base en este y otros pronunciamientos anteriores de la SC, tres modalidades de intervención estatal a considerar cuando de automóviles se trate:

1. Puede requisarse un automóvil cuando exista “causa probable” para ello, lo que se enmarcaría dentro de la letra estricta de la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, y en la medida en que dicha interpretación recepta la “excepción de los automóviles”;
2. Puede requisarse un automóvil también cuando se trata de una medida incidental o accesoria con un arresto legítimo, y en la medida en que el pasajero detenido no sea asegurado —con esposas, p. ej.— y se encuentre próximo o en condiciones de tomar objetos ubicados en el interior del automóvil, y
3. Cuando, en las mismas condiciones que el caso 2, en una requisita incidental a un arresto, fuera razonable creer que existe evidencia relevante vinculada con el motivo del arresto dentro del vehículo¹⁸.

Cualquiera que sea la opción que se presente, es importante establecer aquí que los motivos que podrían amparar una requisita en el contexto de la jurisprudencia de la SC, cuando no existe una causa razonable que justifique directamente la inspección del auto, se relacionan —en la mayoría de los casos— no con el interés por la persecución del delito sino con motivos ajenos a ella, como la seguridad del agente policial interviniente¹⁹.

18 Ver, en orden a estas variantes, MYRON MOSKOVITZ. “The road to reason: *Arizona v. Gant* and the search incident to arrest doctrine”, en *Mississippi Law Journal*, Vol. 79: 1, 2009, pp. 181-201, disponible en: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1019&context=pubs>.

19 Esta interpretación, si bien acotada de modo concreto a aquellos casos en que siquiera resulta necesaria

Por otra parte, la protección de la prueba y la convicción de que en el vehículo existe evidencia relevante para la investigación del hecho que despertó las sospechas que ocasionaron la detención, englobadas bajo la denominación de “*exigent circumstances*”, pueden asimilarse al requisito de la urgencia, sobre cuya exigibilidad existen mejores y más profundos análisis en otro lugar²⁰.

En lo que sigue se postulará que esta decisión de la SC puede servir de parámetro para rectificar la corriente jurisprudencial prevaleciente y que, además, permitiría interpretar razonablemente las “circunstancias concomitantes” a las que se refiere el art. 230 *bis* del CPPN en su redacción vigente, conforme a la Ley 25.434 (B.O.: 19/6/2001).

a) El art. 230 *bis* del CPPN vigente fue incorporado en el marco de una serie de reformas al Código que, desde su formulación inicial por el Poder Ejecutivo Nacional hasta el contenido de los debates parlamentarios que antecedieron a su sanción, tuvieron como eje la ampliación de las facultades policiales en la investigación y prevención del delito.

Amparándose en el criterio jurisprudencial sostenido por la SC y la Cámara Nacional de Casación Penal, y con expresa referencia al caso “Terry vs. Ohio”²¹ de la Ssc, el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional propuso una redacción para el mentado nuevo artículo que difiere de la que fuera finalmente sancionada por ambas cámaras del Congreso.

Es que mientras la redacción original del proyecto prescribía que “[l]os funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad, sin orden judicial, podrán inspeccionar externamente la vestimenta o efectos personales que lleva consigo una persona...”, la norma sancionada reemplazó dicha formulación por la siguiente: “Los funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo...”.

La diferencia no es menor si se tiene en cuenta que esa ampliación del alcance de las facultades policiales, en tanto requisar supone un ejercicio más intenso que el de limitarse a inspeccionar externamente, da base a la disquisición acerca de los distintos niveles de convicción que pueden justificar la decisión del personal preventivo de ejercer esta potestad.

Esa distinción, creo, solamente podremos advertirla una vez que recordemos lo ocurrido en “Terry”, caso que el Poder Ejecutivo tomó como fundamento de su proyecto

alguna forma de sospecha, la recoge, con sendas citas de jurisprudencia, ROBERT CACACE. “*Samson v. California: tearing down a pillar of Fourth Amendment protections*”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, 2007, p. 231, disponible en: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42_1/cacace.pdf

20 MARIANO BERTELOTTI. “La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la requisita personal”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2004/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 218 y ss.

21 392 U.S., 1 (1968).

de reforma y que previamente había motivado el giro que en materia de requisas sin orden diera la SC en el caso “Fernández Prieto”.

Allí, la SC validó un procedimiento policial iniciado sin la existencia de una sospecha compatible con el estándar de “causa probable” –exigida por la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos–.

Los hechos del caso eran los siguientes: un detective –de nombre MCFADDEN– había observado cómo tres personas iban y venían frente a la vitrina de un negocio durante varios minutos. Cuando finalmente se alejaron de la vitrina, sospechando que quisieran robar el negocio, MCFADDEN detuvo su marcha. Al preguntarles sus nombres, Terry murmuró algo –en apariencia, inentendible– y el detective lo empujó contra la pared, palpó sus ropas y percibió la forma exterior de un arma en el abrigo. Luego ordenó a los tres que entraran a otra tienda, donde finalmente requisó a Terry, encontrando un arma en su abrigo. Luego de palpar las ropas de los otros dos encontró un arma en el bolsillo de uno de ellos. El agente explicó que pretendía averiguar si tenían armas y no fue sino hasta que pudo percibir –externamente– la forma de una que introdujo sus manos en las ropas de los tres hombres.

La SC admitió que, a diferencia de lo postulado por la acusación, sí había existido una intromisión en la libertad de los implicados que resultaba amparada por la Cuarta Enmienda de la Constitución²² (“*seizure*”, en la terminología de ese texto) pero que, dado el carácter limitado de dicha injerencia estatal, cabía ponderar el interés estatal por permitir a los oficiales de policía la facultad de asegurarse, mediante el palpado de ropas o cacheo, que la persona interceptada no estuviera armada. Este tipo de accionar, destinado al policía interviniente, debía justificarse cuando aquel pudiera dar cuenta de la existencia de una sospecha (factible de ser expresada) acerca de que la persona interceptada estuviera armada e implicara un peligro para su vida. Así, el grado de sospecha necesario era menor que el exigido tradicionalmente para detener y requisar a una persona.

Era de la esencia de este estándar, en sus orígenes, que su menor nivel de exigencia justificara, asimismo, un menor nivel de injerencia en la intimidad o privacidad de la

22 “Debe reconocerse que cuando un oficial de policía se acerca a un individuo y le impide irse del lugar, lo ha detenido (...*he has ‘seized’ that person...*). Y no es más que una tortura absoluta del idioma inglés sugerir que una exploración cuidadosa de las superficies exteriores de las ropas de una persona, en todo su cuerpo, en un intento por encontrar armas, no es una requisita (...*a careful exploration of the outer surfaces of a person’s clothing all over his or her body in an attempt to find weapons is not a ‘search’*). Más aún, es simplemente increíble argumentar que un tal procedimiento, realizado en público por un policía mientras el ciudadano se encuentra indefenso, quizás con sus manos contra la pared, sea un insulto menor (*is a ‘petty indignity’*). Es una seria intromisión en la santidad de la persona, que puede implicar una gran indignidad y generar un gran resentimiento, y no puede ser tomado a la ligera”. Se ha transcrito aquí un fragmento del fallo “Terry vs. Ohio” (392 U.S., pp. 16-17) cit. por AKHIL REED AMAR. “Terry and fourth amendment first principles”, en *St. John’s Law Review*, Vol. 72, 1998, pp. 1100-1001, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/949.

persona retenida, ya que ella solo podía tener por objeto descubrir armas, primero en la superficie de las ropas y, de ser necesario, en el interior de estas.

La novedad de este caso radica en la particular lectura que de la cuarta enmienda se efectúa. Si cierta postura entendía que la base de dicha norma era la exigencia de una orden judicial (*warrant*) y una causa probable para proceder, la interpretación de la SC en “Terry”, posteriormente reforzada por otros casos, era que el fundamento de la regla no era ni la existencia de una orden previa ni la presencia absoluta de un motivo suficiente —en nuestros términos— sino la adopción de un parámetro: el de la razonabilidad de acuerdo a las circunstancias del caso.

Esta postura, de más está decirlo, supuso una ampliación de la facultades acordadas a las fuerzas de seguridad.

b) El caso “Terry”, revolucionario indiscutiblemente en el contexto de Estados Unidos, fue receptado con cierta demora por la SC que, a partir de su integración reformulada merced a la asunción del gobierno democrático, parecía haber marcado un camino de restauración de las garantías constitucionales.

Si bien ese caso, a partir de los argumentos expuestos resumidamente en el punto anterior, podría resistir un examen de legitimidad, ello ocurriría, creo, a la luz del sistema jurídico de Estados Unidos y la casuística a la que, a falta de un mandato de legalidad como el que rige en nuestro derecho, debe recurrir la SC para interpretar el alcance y contenido de la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

Aun si, como se ha dejado entrever, el caso “Terry” solo fuera compatible con situaciones de riesgo para el funcionario policial, la amplitud con que se admite que los jueces analicen la razonabilidad del proceder de un agente policial en Estados Unidos ha tenido una indudable influencia en el derecho federal argentino.

Al margen de la letra de la ley, e incluso equiparando situaciones de detención con requisas, uniformando los diversos requisitos que la ley procesal ha establecido para subtipos de injerencias estatales, la SC se ha dejado ganar, espiritualmente si se quiere, por la práctica argumentativa de la SC en orden al control constitucional que le cabe sobre el modo en que los tribunales inferiores juzgan la labor de las fuerzas de seguridad.

Así, el estándar de “actitud sospechosa”, sobreviviendo incluso a decisiones de la nueva conformación de la SC, pervive en el repertorio del tribunal supremo, de un modo que impide otra actitud más que la incertidumbre respecto de cuál sea, en definitiva, la regla vigente en materia de requisas.

c) Ahora bien, en relación con la línea trazada por el fallo “Arizona vs. Gant” de la SC, entiendo que la redacción del art. 230 *bis* avala, para los automotores, dos tipos de requisas: 1) aquellas efectuadas a partir de una sospecha en los términos del art. 230

(circunstancias previas) y 2) aquellas que, sin la concurrencia de una sospecha que directa e inmediatamente avale la requisa, resultan necesarias a los efectos de asegurar al agente o la prueba que, es razonable creer, existe al interior del vehículo.

“Concomitante”, en su acepción más ajustada al enunciado legal al que se incorpora el término, remite a aquellas circunstancias que acompañan a otra u otras, por cierto distintas²³.

La idea de contemporaneidad que el uso ha atribuido al término puede desviar el sentido de la interpretación, pero ya que el texto de la ley apela a la disyunción entre circunstancia previas “o” concomitantes, es justo concluir que se refiere, el enunciado, a dos conceptos y situaciones distintas. Que la disyunción, marcada por el conector “o”, sea inclusiva o excluyente en poco altera la primera conclusión a extraer: las circunstancias previas *no son* las circunstancias concomitantes.

Ahora bien, al procurar interpretar la norma, influidos sin duda por la intención del legislador, podríamos postular que las circunstancias concomitantes son aquellas que se presentan de modo contemporáneo con las previas, mientras se desarrolla o lleva a cabo la requisa, y que vendrían a sustentar la calidad de la sospecha inicial. Esta exégesis se basaría, creo, en la adopción, como directriz del razonamiento, de las circunstancias del caso “Terry”: una sospecha inicial de menor contenido de fiabilidad –sospecha razonable– que luego es reforzada por circunstancias concomitantes al procedimiento. El procedimiento, así, iniciaría al interceptar o detener la marcha del sospechoso y concluiría con la decisión de palparlo de armas.

Ahora, ya que la redacción de la norma, como hemos visto, no recepta en puridad esta intención original del legislador, deberíamos adaptar la redacción vigente de la norma sobre requisas policiales a las circunstancias de los casos registrados por nuestros tribunales. Tal tarea puede lograrse si usamos como parámetro los desarrollos de la SC de Estados Unidos de los que se ha dado resumida cuenta más arriba.

“Concomitante” debiera ser entendida, nuevamente, como aquella circunstancia o fenómeno que acompaña a otro, y que, reitero, debe ser distinto. Que se trate de “otra” circunstancia implica que no es, a diferencia de la primera parte de la disyunción, una circunstancia previa. Si se interpretara concomitante como coetáneo, la discusión sobre el modo en que se presentan carecería de interés: si ocurren junto con las circunstancias previas y concomitante implica contemporaneidad, serían tan previas como aquellas circunstancias de las cuales la partícula “o” procura efectuar la distinción.

23 “Que aparece o actúa conjuntamente con otra cosa”, en la única acepción que de este adjetivo trae el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia en su 22ª ed.

Si una requisita solo puede validarse cuando existe sospecha suficiente, y esta debe ser previa, el primer término de la disyunción refiere a las requisas que se justifican por sí mismas, esto es, son requisas puras: una requisita es válida si los motivos que la fundan son aquellos que la ley ha prefijado a tal fin.

Las circunstancias concomitantes, por el contrario, hacen referencia a aquellas que, sin poder justificar *per se* una requisita, por no ser previas, pueden acompañar los motivos –circunstancias– que justificaron *otra medida*: una detención urgente, por ejemplo. Este tipo de requisas, incidentales o concomitantes a la válida producción de una detención, no son requisas sino hasta que aparecen los motivos especiales que las pueden propiciar y que, a falta de una directiva legal, deberíamos restringir a aquellas que ponen en riesgo la integridad física del agente policial o que, sin lugar a dudas, induzcan a sospechar que la evidencia puede perderse si no se inspecciona la persona o el vehículo ocupado por ella.

Considero, por último, que a fin de restringir el alcance de estas requisas concomitantes a otra medida coercitiva, a efectos de dotar de concordancia al ordenamiento ritual aplicable, su alcance debería limitarse a los casos en que la detención o el arresto se realice respecto de una persona que conduce un automóvil, así como para los demás ocupantes.

La amplitud de la redacción del art. 230 *bis* del CPN solo resulta aceptable si tal concesión de facultades a la policía tiene un sentido: la circunstancia de que un individuo se encuentre en el auto (o buque, o aeronave, como reza el texto legal) no permite concluir que, por esa sola circunstancia, resulte válida la requisita efectuada en su interior o sobre las personas que lo ocupan. Solo cuando la interceptación de un automotor, justificada por motivos previos, requiera una requisita –por motivos de seguridad o urgencia– podemos aceptar la “excepción de los automóviles” creada por el legislador federal.

d) Al resolver la SC el caso “Fernández Prieto” se trazó el camino para que los estándares desarrollados por la SC se incorporaran a la discusión sobre supuestos de detención y requisita ocurridos en nuestro país. A pesar de ello, la imprecisa recepción que la mayoría de la SC hizo de la doctrina de “Terry” influyó en la adopción de un único estándar para todo tipo de medidas coercitivas, indiferente al mandato de legalidad que imponía la reflexión sobre las normas locales que avalaran o no dichos procedimientos.

La doctrina de la SC se ha mantenido invariable, en lo sustancial, acerca de cuáles sean los requisitos que permiten la interceptación de una persona y la requisita de sus pertenencias.

De todos modos, en algunos de los casos que veremos, la CNCP parece brindar a los supuestos que llegan a sus estrados un tratamiento más acorde a las circunstancias, no del caso en que expresamente se funda la doctrina prevaleciente (léase, “Fernández Prieto”), sino en su verdadero sustento argumentativo, es decir, el caso “Terry vs. Ohio”.

En efecto, en “ESTIGARRIBIA, PABLO M.”, del registro de la Sala II (cn.º 11.301), del 22 de marzo de 2010, y amparándose en la subsistencia para la actual integración de la SC de los estándares consagrados en “Fernández Prieto”, el juez YACOBUCCI, a cuyo voto adhirió el Dr. MITCHELL, consideró válida la requisa de la mochila de una persona respecto de la cual se advirtió portaba un arma, indicando: “lo referente al cacheo o ‘frisk’ sobre las ropas del sospechoso, concomitante con su demora o ‘stop’, quedó explícitamente fundado en razones de seguridad personal de los agentes”.

El voto disidente, a cargo del Dr. GARCÍA, acertadamente quizás, efectúa su análisis no desde el punto en que se decide el cacheo sino antes, al momento de detener la marcha de las personas involucradas. Esta postura evidencia también la necesidad de dividir en fracciones o segmentos temporales los procedimientos policiales.

En un razonamiento similar al evidenciado por el Dr. GARCÍA en el fallo “Estigarribia”, la mayoría de la Sala IV convalidó la nulidad declarada por un Tribunal Oral por no aparecer justificada la sospecha que dio inicio al procedimiento, sin adentrarse en lo ocurrido luego de detener a los sospechosos. En esta, cn.º 7217, caratulada “LEGUIZAMÓN, MARCELO FABIÁN”, del 24 de julio de 2008, se refirió que, al momento de detener la marcha del vehículo –cuyo giro en “U” al advertir la presencia policial habría fundado la detención de su marcha–, se palpó de armas a sus ocupantes y, pese a no encontrarse arma alguna en sus ropas, se requisó el automóvil. La adopción del estándar de “Terry” exigiría demostrar que la requisa del automóvil, ante el resultado negativo del cacheo, se justificaba por alguna otra circunstancia.

Debe tomarse nota también del más recientemente resuelto caso “Picerno, Leonardo Fabián”, del registro de la Sala II (del 8 de marzo de 2010; cn.º 8782). Allí, si bien en orden a la interpretación de la frase “operativo público de prevención” del art. 230 *bis* del CPPN, en un párrafo que quizás recepta la interpretación sostenida en este trabajo, el Dr. GARCÍA refirió que, no obstante la inspección de los automotores que sea consecuencia de un operativo público debe acotarse al objetivo de tal procedimiento –como ser, por ejemplo, el control de la documentación habilitante– y la autoridad de la fuerza policial no debe extenderse más allá de tal finalidad, “el resultado de la inspección del vehículo [...] [podría], bajo ciertas condiciones, constituir la circunstancia previa o concomitante que autoriza la requisa personal de quienes se transportan en el vehículo [...]. Esto es, *si se tratase de una requisa personal o inspecciones ulteriores que son incidentales a la inspección del vehículo en el operativo público*” (resaltado fuera de texto).

Así, partiendo de la base de que la requisa motivada en un operativo público de prevención resulte válida por motivos autónomos, la posterior inspección y registro del automóvil –más allá del alcance del operativo, dirigido por caso al control de la documentación vehicular– debe verse avalada por posteriores motivos. Esta interpretación, basada en la elección del término “incidentales”, creo, no es antojadiza.

III. EL CASO “HERRING”: LA “REGLA” DE EXCLUSIÓN COMO EXCEPCIÓN

El 14 de enero de 2009, la SC de Estados Unidos decidió el caso “Herring vs. United States”²⁴ que, poco tiempo después de su publicación, motivó varios comentarios críticos por parte de la doctrina norteamericana. En particular, se discutió si, con esta nueva opinión del tribunal supremo en ese país, no se debía considerar extinta la ya debilitada regla de exclusión, regla que la composición de la SC en aquel momento había restringido bastante, ampliando las facultades policiales.

El fundamento de la regla de exclusión asume, en la óptica del tribunal supremo estadounidense, una finalidad excluyente: desalentar o prevenir que los funcionarios policiales (no) ajusten sus tareas al respeto por los derechos constitucionales que amparan a los ciudadanos contra quienes, en potencia, dirigen sus facultades de control y represión. Esta fundamentación para la “*exclusionary rule*” se plasmó en el caso “Herring”, en el que se discutió la aplicación al caso de la excepción de la buena fe, conforme la describiera la SC en el caso “United States vs. Leon”²⁵.

En el caso “Herring” había ocurrido lo siguiente: Bennie Dan Herring se presentó en la oficina del *sheriff* local, en el condado de Coffee, para retirar algunas cosas que habían quedado en su camioneta, retenida en esa dependencia. Al verlo, uno de los investigadores de la oficina pidió a una empleada administrativa que buscara en los registros si Herring tenía algún impedimento u orden de captura, ya que conocían a Herring y sabían que tenía antecedentes. Como no encontraron ninguna orden vigente, el investigador—de nombre Anderson— le pidió a la empleada que consultara con la oficina del *sheriff* del condado vecino de Dale, a resultas de lo cual la empleada informó, en esta oportunidad, que sí existía una orden vigente. La oficina vecina remitió el registro vía fax y Anderson y otro agente fueron tras Herring a quien detuvieron. Al requisarlo encontraron metanfetamina entre sus ropas y una pistola en el auto. Cuando ya se había producido el arresto, sin embargo, la empleada de la oficina que había averiguado si Herring tenía o no órdenes de captura vigentes se comunicó con Anderson para avisarle que había habido un error, ya que la orden registrada en el condado de Dale había sido dada de baja hacía cinco meses, circunstancia que Anderson y sus colegas podrían haber conocido de recurrir a la documentación que en papel se encontraba en la oficina, no así la de la base de datos informática, que no había sido actualizada.

Enfrentada al caso, la SC convalidó el procedimiento. Durante el juicio y en la instancia recursiva, los tribunales del caso habían afirmado que—a pesar de existir una violación a la Cuarta Enmienda— la evidencia obtenida no debía ser excluida del proceso, en tanto el agente policial a cargo del procedimiento había actuado de “buena fe”.

24 555 U.S. 135 (2009).

25 468 U.S. 897 (1984).

a) En el caso “Herring”, la SC reeditó los argumentos vertidos en casos anteriores que, en cierta medida, anticipaban el camino que parece consolidarse en este caso. Así, el juez Roberts, que emitió la opinión mayoritaria, refirió:

... [e]l hecho de que haya ocurrido una violación a la Cuarta Enmienda –por ejemplo, si una requisita fue irrazonable– no implica necesariamente que la regla de exclusión se aplique. *Illinois vs. Gates*, 462 U.S. 213, 223 (1983). Es más, la exclusión “ha sido siempre nuestro último recurso, no el primer impulso”, *Hudson vs. Michigan*, 547 U.S. 586, 591 (2006), y nuestros precedentes establecen principios importantes que restringen la aplicación de la regla de exclusión.

Inmediatamente después, la SC –en esta opinión mayoritaria, a cargo del juez ROBERTS– rechazó que una violación a las prescripciones de la Cuarta Enmienda implique la exclusión de la prueba obtenida o que ese remedio se constituya como un derecho individual. Por el contrario, con citas del caso “U.S. vs. Leon”, se reiteró que el remedio solo tiene sentido cuando pueda cumplirse su efecto preventivo o desalentador –del accionar ilegítimo del personal policial, se entiende–.

Además, por si esta perspectiva no fuera suficiente ya para quitar peso a la regla, la eficacia del remedio –en cuanto a su función preventiva de futuras conductas ilegales– debe superar los costos de su utilización para la búsqueda de la verdad y en procura de evitar la liberación de imputados posiblemente peligrosos.

Con una nueva remisión a lo resuelto en “U.S. vs. Leon”, la SC delimitó claramente la vigencia de la regla: solo resultará operativa allí donde se verifique que, de utilizarse, se evitarán futuras violaciones a los derechos individuales.

Esta excepción de la “buena fe” se establecerá, por ende, analizando el grado de culpabilidad del agente interviniente. Revisando los casos donde la SC construyó la regla de exclusión (“*Weeks vs. U.S.*”²⁶, “*Silverthorne Lumber Co. vs. U.S.*”²⁷ y “*Mapp vs. Ohio*”²⁸), la actual integración del Tribunal concluyó que dicha regla estaba dirigida a hacer frente a los abusos cometidos intencionalmente por los agentes policiales. En consecuencia, de no presentarse una tal conducta por parte de los agentes estatales, la exclusión de la evidencia obtenida pierde sentido:

Para que la regla de exclusión sea operativa, la conducta policial debe ser lo suficientemente intencional como para que la regla de exclusión pueda prevenirla de un modo considerable, y suficientemente culpable como para que esa prevención valga el precio pagado, para ello, por el sistema de justicia. Como ha quedado expuesto en nuestros

26 232 U.S. 383 (1914).

27 251 U.S. 385 (1920)

28 367 U.S. 643 (1961).

casos, la regla de exclusión sirve para desalentar o prevenir conductas intencionales, descuidadas o gravemente negligentes o, en ciertas circunstancias, negligencias recurrentes o sistemáticas. El error, en este caso, no alcanza ese nivel²⁹.

Este estándar con el que se evaluará la conducta policial, dice la SC, es objetivo y dependerá de si esta confianza del agente en que no actúa de modo ilegal puede ser razonablemente establecida, más allá de lo que haya pasado –en concreto– por su cabeza.

Como se ve, el modelo que la SC intenta construir trasunta la idea de que el objetivo no es ya analizar la existencia de un actuar ilegítimo por parte de algún órgano estatal sino, por el contrario, el grado de culpabilidad del agente responsable por tal violación. En esa dirección, los criterios que rigen la atribución de responsabilidad se trasladan no al imputado sino al agente policial, sin que la existencia de una violación a las garantías individuales de aquel implique, por sí misma, la abstención por parte del Estado de valerse de las consecuencias beneficiosas para sus objetivos político-criminales de tales vicios.

El caso “Herring”, por cierto, despertó varios comentarios críticos de especialistas norteamericanos en la materia, con resultados diversos. Mientras que autores como ALSCHULER parecen optimistas en cuanto a la supervivencia de la regla de exclusión, destacando el valor del ya referido caso “Arizona vs. Gant” –posterior a “Herring” y, sin embargo, garantizador de los derechos individuales involucrados–, otros autores, como LA FAVE, más pesimistas, se manifiestan preocupados por la suerte que correrán –con la actual integración de la SC– los derechos consagrados en la Cuarta Enmienda, para cuya protección la SC había elaborado su ya famosa *exclusionary rule*³⁰.

b) La jurisprudencia de la SC registra un caso que podría brindarnos una perspectiva del modo en que un caso similar al de “Herring” sería analizado por nuestro Alto Tribunal.

29 En el original: “To trigger the exclusionary rule, police conduct must be sufficiently deliberate that exclusion can meaningfully deter it, and sufficiently culpable that such deterrence is worth the price paid by the justice system. As laid out in our cases, the exclusionary rule serves to deter deliberate, reckless, or grossly negligent conduct, or in some circumstances recurring or systemic negligence. The error in this case does not rise to that level”.

30 WAYNE R. LAFAVE. “The smell of *Herring*: a critique of the Supreme Court’s latest assault on the exclusionary rule”, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, n.º 3, pp. 757-787, disponible en: http://www.law.northwestern.edu/jclc/backissues/v99/n3/9903_757.LaFave.pdf y ALBERT W. ALSCHULER. “*Herring v. United States*: a minnow or a shark?”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 7: 463, 2009, disponible en: http://moritzlaw.osu.edu/osjcl/Articles/Volume7_1/Alschuler-FinalPDF.pdf

Como advertirá quien esté familiarizado con el idioma inglés, las posiciones de los autores se evidencian en el título escogido para sus textos: La Fave ironiza con el olor al arenque (*herring*, en inglés), al decir que este arenque –por el caso comentado– no es un mero arenque, sino un *surströmming*, plato sueco caracterizado por su fuerte olor y su capacidad para “explotar” más allá de sus límites. Alschuler, por su lado, inquiriere en el título: “¿Herring (Arenque) vs. United States: un pececito o un tiburón?”.

La tendencia reciente de la SC parece postular un alejamiento de la regla de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente y, en su reemplazo, el recurso a mecanismos resarcitorios propios del derecho civil, como lo evidencian los argumentos esgrimidos por la mayoría en “Herring”. La evidente influencia, en la perspectiva norteamericana, de un ideario propicio a descartar mecanismo o remedios cuya ineficiencia se declama, justifica esa decisión.

La CS, en el caso “Mollard, Carlos Alberto c/ Estado Nacional y otro”³¹, resuelto el 27 de diciembre de 2005, debía dar respuesta a un recurso interpuesto contra la sentencia que desestimó una demanda por daños y perjuicios, presentada contra el Estado Nacional por quien fue detenido, erróneamente, al intentar egresar del país desde el aeropuerto de Ezeiza.

Los hechos del caso, como lucen descritos en el dictamen del Procurador General de la Nación, son los siguientes: una jueza nacional dictó una orden de captura respecto de una persona de nombre Carlos Mollard, sin asentar en dicha orden otros datos de la persona cuya detención se pretendía –como domicilio, profesión o nombre completo– lo que habría ocasionado que, al momento de identificar la Policía Aeronáutica al demandante, hiciera efectiva dicha orden respecto de un homónimo y, por ende, privara de su libertad a la persona equivocada, quien permaneció en tal situación durante 12 horas, advirtiéndose el error al ser llevada en presencia de la jueza de la causa.

Si bien el Procurador postuló la admisión de la queja por extraordinario denegado y la descalificación por arbitraria de la sentencia recurrida, la mayoría de la SC denegó el remedio, en los términos del art. 280 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación.

La minoría del Tribunal –integrada por los jueces ZAFFARONI y LORENZETTI– por el contrario, ampliando los argumentos expuestos por el Procurador, consideró que la sentencia apelada sí debía ser dejada sin efecto:

Ello es así, porque aun cuando sea correcto afirmar que la administración de justicia precisa, para su buen desarrollo, que en las causas penales las personas, a veces, sean privadas transitoriamente de su libertad, no queda duda de que ello no configura obstáculo para el reconocimiento posterior, en determinados casos, de un derecho resarcitorio fundado en el sacrificio impuesto a dicho derecho personalísimo. A salvo hipótesis particulares, ninguna de las cuales es la de autos, el deber jurídico –que pesa sobre todo ciudadano– de tener que soportar la detención ordenada por la administración de justicia, no puede llegar al extremo de aniquilar el derecho a la reparación posterior, menos cuando aquella detención no tuvo fundamento razonable alguno o se debió al simple error. En

31 Fallos 328: 4794.

tal sentido, la mirada global del problema tiene que coordinar dos enfoques: uno, el fuerte interés social que inicialmente hace prevalecer el *ius persequendi* y el *ius puniendi* del Estado sobre el derecho a la libertad; el otro, la defensa de la libertad de las personas como nota típica e irrenunciable de un Estado constitucional. Una vez que el detenido hizo su aporte al logro de aquel interés social, probado que la privación de su libertad fue improcedente, el afectado alcanza título jurídico para exigir la compensación reparatoria, porque ya no tiene asidero conferir prelación a aquellos derechos de persecución y punición estatales cuando sus fines han quedado oportunamente satisfechos [cita omitida]. Esta doctrina, desde luego, es particularmente aplicable a casos como el sub lite, en el que lejos de haberse fundado la detención del actor en una conducta sospechosa suya, fue el fruto de un error de homonimia. Ha de quedar en claro, además, que ni la pueril referencia a la mala suerte del demandante hecha en la sentencia recurrida, ni la consideración del poco o mucho tiempo que aquél permaneció detenido injustificadamente, bastan para desplazar la regla del art. 9.5 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos –ley 23.313– en cuanto dispone que “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación...” (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

Son muchas, creo, las similitudes que podemos encontrar entre los casos a cuyo tratamiento se abocaron los tribunales en cuestión –la SC de Estados Unidos y la SC argentina–. Sin embargo, con las excepciones que inmediatamente trataremos, ninguna referencia se hizo a la doctrina sobre la regla de exclusión prevaleciente en Estados Unidos ni al rol de la buena fe del personal policial, o el componente de negligencia en el error judicial palmariamente manifestado en el caso del demandante. Por cierto se trataba de un caso regido por las reglas del derecho privado y, en nuestro ámbito, una referencia a la doctrina de la prueba prohibida en sede penal hubiera lucido como desatinada.

En materia de procesos penales en curso, el remedio al que refieren LORENZETTI y ZAFFARONI parece ser distinto de aquel jurisprudencialmente elaborado desde “Rayford”³² en adelante. Tal remedio hace a la legitimidad con que el Estado debe ejercer sus funciones en materia de persecución, prevención y represión de delitos.

Más allá de ello, lo cierto es que los agentes del Policía Aeronáutica habían actuado de buena fe, esto es, sin conocimiento del error en que incurrió la jueza que impartió la orden.

Podemos asumir por un momento que la SC no desea, como lo ha demostrado hasta ahora, adoptar la doctrina de la buena fe como excepción a la regla de exclusión, lo cual

32 Fallos 308: 733, en el que la CS, como unánimemente lo ha entendido la doctrina, consagró definitivamente la “regla de exclusión”.

conllevaría también la adopción de un fundamento para la regla de exclusión ligado a su contenido ético, y no a su poder para disciplinar a las fuerzas de seguridad³³. Esa postura podría entenderse tácitamente establecida en el reciente caso “Baldivieso”³⁴, en el que la SC excluyó la prueba ilícitamente obtenida con base en el resguardo del valor supremo que supone la dignidad de la persona y el principio republicano de gobierno que “impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales”.

Sin embargo, como lo advierte ALSCHULER, si el fiscal en el caso “Arizona vs. Gant” pudiera, probablemente articularía que el agente interviniente en el procedimiento anulado actuó objetivamente bajo las pautas construidas por la SC hasta el momento, jurisprudencia que, de modo expreso, se presentó con intención de regir la conducta de los agentes policiales y, con ello, desalentar o prevenir comportamiento lesivos de derechos individuales³⁵.

Lo propio podría declamarse en nuestro contexto cada vez que un agente policial intercepte e inspeccione las pertenencias de una persona, esgrimiendo para ello la concurrencia, para el caso, de circunstancias sospechosas, en los términos de la jurisprudencia vigente de la SC desde “Fernández Prieto” en adelante.

Ello no parece producto de la fantasía, por el contrario, la minoría de la SC en “Cirao-lo” lo advierte al indicar –en el considerando 12° del voto en minoría– que “el efecto práctico de esos últimos precedentes de nuestra Corte es que a través de un estándar confuso desdibujó el alcance de los poderes de la autoridad de la prevención, así toda detención pudo ser convalidada”.

En síntesis: ante la consagración de un estándar cuya imprecisión ha resistido el paso del tiempo, no podemos ignorar los efectos de ello en la práctica de los agentes de seguridad quienes, válidamente, pueden actuar a sabiendas de la falta de baremos para desplegar sus facultades.

De seguirse el camino escogido, merced el cual la SC se abstiene de dar pautas claras para considerar legítimas intrusiones en la intimidad y libertad personal de los ciudadanos, la fuerza de la regla de exclusión como remedio para las violaciones a los derechos

33 Coincido, en este punto, con las críticas que se han efectuado a la adopción por parte de la SC de un criterio preventivo de la regla de exclusión que al analizar su procedencia desde el punto de vista de sus costos, no considerando los valores superiores que fundamentan el remedio, conducen “la discusión a un plano puramente especulativo, en el cual, por lo demás, los derechos del afectado –aun constitucionalmente consagrados– se diluyen en forma inaceptable” (FABRICIO GUARIGLIA. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: una propuesta de fundamentación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 57). En cuanto al fundamento ético de la regla de exclusión en nuestro ámbito, ver CARRIÓ. Ob. cit., pp. 230 y ss.

34 Fallos 333: 405.

35 ALSCHULER. Ob. cit., pp. 489-492.

humanos, tal como aparece impuesto por la CorteIDH, luce más que desdibujada, y lo propio cabe concluir respecto de la garantía a cuya protección se dirige el remedio. La suerte del derecho a la intimidad no puede desligarse, en definitiva, de la de la regla de exclusión y sus excepciones.

EPÍLOGO

La interpretación propuesta del art. 230 *bis* del CPPN no desconoce los desarrollos recientes de la jurisprudencia de la SC. Por el contrario, los recepta y hace suyos, a fin de dotar de mayor dosis de predictibilidad el accionar policial. Es que, aun sin justificar la adopción de la fundamentación del tipo punitivo/preventivo por la que se ha inclinado la SC de Estados Unidos, lo cierto es que la reforma legal operada desde el año 2000 sí parece acercarse a tales parámetros.

La importancia de acotar razonablemente los términos del articulado legal vigente no es más que una consecuencia de la vigencia en nuestro derecho del principio de legalidad en materia procesal penal.

Este principio postula que las restricciones que desde el Estado se ejercen respecto de los derechos individuales de los particulares, para ser legítimas, deben haber sido previamente descritas por la ley. Esta proposición se incorpora al ordenamiento jurídico argentino, desde la perspectiva del derecho internacional sobre derechos humanos, bajo el principio de reserva legal. En lo que al derecho procesal penal atañe, el principio *nulla coactio sine lege* aparece como la expresión más sintética de la construcción dogmática más eficaz para dotar de validez a la proposición expuesta al comenzar el párrafo³⁶.

La necesidad de que una ley determine las condiciones y el alcance de una medida intrusiva en la intimidad de una persona tiene base, así, en la más general teoría constitucional y, en concreto, en la dogmática procesal penal. Ambas confluyen en exigir que sea el legislador quien determine el ámbito de libertad de las personas así como su seguridad, tipificando tanto los motivos como las atribuciones que, con la presencia de ellos, son puestas en cabeza de los agentes de las fuerzas de seguridad.

Ahora bien, este esquema impone considerar la pertinencia de recurrir, como se ha hecho aquí y como lo han hecho los tribunales locales –comenzando por la SC– a los precedentes del tribunal superior de un sistema jurídico en el que el peso de la ley es menor y, por oposición, el rol del poder judicial como intérprete de los espacios de libertad concedidos por la Constitución es mayor que el que el constituyente ha decidido conceder a similar poder estatal en Argentina.

36 Al respecto, ver GUSTAVO A. BRUZZONE. “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en medidas de coerción en el proceso penal”, en AA.VV. *Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 241-253.

Cabe tomar como referencia sobre el tema lo resuelto muy recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH, en adelante–.

La cuarta sección del TEDH decidió, el 12 de enero de 2010, el caso “Gillan y Quinton vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”³⁷.

Se discutió en ese caso la legitimidad –a la luz de la Convención Europea sobre Derechos Humanos; CEDH, en adelante– de la *Terrorism Act* de 2000, cuya sección 44 facultaba³⁸ a los agentes policiales a detener y requisar vehículos en aquellos lugares respecto de los cuales hubiera sido emitida una autorización especial, limitada temporal y geográficamente y destinada a prevenir actos de terrorismo. Ello, expresamente dispuesto en la ley, sin necesidad de que existiera algún tipo de sospecha previa para así proceder.

Quienes habían sufrido estas detenciones y requisas recurrieron, luego de agotar las instancias internas, al TEDH. El argumento principal de los demandantes consistía en que las facultades concedidas legalmente a las autoridades policiales británicas violentaban la letra del artículo 8º de la CEDH, que resguarda la privacidad de los individuos.

El TEDH reconoció primero que la letra de la ley y las circunstancias acreditadas en el caso permitían afirmar que se trataba efectivamente de un interferencia estatal en un ámbito de privacidad, razón por la cual correspondía determinar si estas facultades “estaban de acuerdo con la ley”, en los términos del CEDH.

Al analizar este aspecto, el TEDH reconoció que la legislación vigente en el Reino Unido rodeaba de salvaguardas a los procedimientos ejercidos en el marco de estas amplias facultades policiales, y que, efectivamente, las medidas sufridas por Gillan y Quinton estaban previstas en la ley.

Sin embargo, no bastando ello, el TEDH indicó que la ley no ofrecía adecuada protección contra injerencias arbitrarias (parág. 78 y ss.).

Es que la ley que avalaba que quienes transitaran una cierta área geográfica designada por la policía como pasible de la aplicación de esta ley pudieran ser interceptados y requisados –con fundamento en su utilidad para prevenir actos de terrorismo– no establecía exigencias relativas a la necesidad de tales medidas ni acerca de su proporcionalidad con el perjuicio ocasionado.

37 Una versión de este fallo, en inglés, puede encontrarse en: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/28.html>

38 Merced a la condena recibida por el Reino Unido e impuesta por el TEDH como consecuencia de lo decidido en este caso, el gobierno británico anunció, en julio de este año, que las facultades acordadas por la Sección 44 de la Ley contra el Terrorismo serían suspendidas (ver la noticia periodística de esta circunstancia en: <http://www.guardian.co.uk/law/2010/jul/08/anti-terror-stop-and-search-scrapped>).

El TEDH también consideró que si bien la autorización, como se ha dicho, debía limitarse en tiempo y espacio, lo cierto era que en orden al primero el plazo era renovable y, en cuanto al segundo, habitualmente se fijaban áreas muy extensas y densamente pobladas.

En lo que atañe al tema que nos hemos propuesto analizar, el TEDH destacó además:

83. De mayor preocupación aún resulta la amplitud de la discreción concedida al oficial de policía individual. El oficial está obligado, al llevar adelante la requisita, a ajustarse a los términos del Código [de Prácticas]. Sin embargo, el Código rige esencialmente el modo en que la interceptación y la requisita se realizan, mas no provee ninguna restricción a la decisión del oficial de interceptar y requisar. Esa decisión es, como lo dejó en claro la Cámara de los Lores, una basada exclusivamente en el “olfato” o “intuición profesional” del oficial involucrado [...]. No solamente no necesita demostrar que existe una sospecha razonable; no se le requiere siquiera subjetivamente que sospeche algo de la persona interceptada y requisada. La única previsión es que la requisita se efectúe con miras a buscar efectos que pudieran ser usados en conexión con el terrorismo, una categoría muy amplia que podría cubrir muchos de los efectos que la gente lleva en las calles comúnmente. Ante el supuesto de que la persona involucrada fuera interceptada con el fin de buscar tales efectos, el oficial de policía siquiera tiene que tener motivos para sospechar de la presencia de esos efectos.

En el sistema anglosajón, la existencia de una ley como la que motivó el pronunciamiento del TEDH bien puede ser infrecuente. Sin embargo, aun en presencia de un caso como el comentado, que involucraba a un país regido por una tradición de derecho construido en base a las decisiones judiciales, el TEDH afirmó, con cita de decisiones precedentes que, en materia de afectación de derechos fundamentales, “la ley debe indicar con suficiente claridad el alcance de cualquier discreción conferida a las autoridades competentes y la manera en que debe ser ejercida [citas omitidas]” (ver parág. 77 de la decisión del TEDH y sus citas).

Los fallos de la SC de Estados Unidos a los que con tanta fruición hemos recurrido –motivados por la continua presencia de esas decisiones en la argumentación de los tribunales penales locales– deben ser, entonces, relativizados.

Es que, a diferencia de lo que ocurre en aquel país, la Constitución argentina no prescribe un grado de sospecha particular para cada tipo de restricción o injerencia en los derechos fundamentales que fuera posible considerar. El constituyente ha delegado tal tarea en el Congreso, local o federal. A pesar de esta omisión, sin embargo, la ley que cumpla tal cometido sí ha sido objeto de atención por la Constitución Nacional, ya en su aspecto formal –art. 18– como en el material –art. 28–.

En efecto, toda ley que ampare el accionar de las fuerzas de seguridad debe ajustarse a los parámetros de claridad y certeza que permitan al juez y al ciudadano un amplio control sobre sus aspectos esenciales, y dicha ley, además, debe ser proporcional o razona-

ble de acuerdo con el fin con el cual ha sido sancionada: en el campo del proceso penal, la seguridad pública y la prevención e investigación de los delitos y contravenciones. Si bien en el derecho de Estados Unidos el parámetro de razonabilidad ha ido ganando espacio de modo contundente al requisito de la orden judicial previa en lo que a requisas y detenciones concierne, el camino así escogido por la SC no puede influir en demasía en el que adopten los tribunales nacionales y provinciales. La existencia de una ley que regule aquellos casos en que una medida intrusiva puede ser decidida, aunque no por la autoridad judicial sino por un funcionario policial, no puede ser suplida por un examen de razonabilidad caso por caso como ocurre en el derecho estadounidense.